



# El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno

**Pastora de Artíñano Marra**

*Investigadora posdoctoral.*

*Departamento de Derecho Privado (Área de Derecho Civil).*

*Universidad Rey Juan Carlos (España)*

[pastora.artinano@urjc.es](mailto:pastora.artinano@urjc.es) | <https://orcid.org/0000-0001-6190-4570>

## Extracto

Las plataformas de mediación electrónica, entendidas como aquellas que median entre usuario prestador y usuario destinatario del servicio, plantean numerosos retos jurídicos que deben ser estudiados. El más relevante, quizá, es el relativo a determinar su rol o papel respecto de la transacción en la que median, pues, en atención a ello, será de aplicación un régimen jurídico (comercio electrónico) u otro (normativa sectorial específica), y esto repercute, lógicamente, en su responsabilidad. En este estudio se analizará el estado de la cuestión, poniendo especial atención en la utilidad de conocer su funcionamiento interno para conocer su rol o papel como verdadera mediadora, repasando aquellas novedades legislativas que pueden ser relevantes en tal propósito.

**Palabras clave:** plataformas de mediación electrónica; plataformas intermediarias; *software*; algoritmos; inteligencia artificial; explicabilidad; trazabilidad.

Recibido: 05-10-2023 / Aceptado: 02-11-2023 / Publicado: 05-01-2024

**Cómo citar:** Artíñano Marra, P. de (2024). El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 31-56. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2024.19443>



# How does the role of electronic mediation platforms determine their civil responsibility? An analysis based on their internal functioning

Pastora de Artíñano Marra

## Abstract

Mediation platforms, defined as platforms that mediate between a service's supplier and its recipient, raise numerous legal challenges. One of the main challenges is to determine the platform's role as the intermediary of a transaction. This role will determine the applicable legal system (e.g., e-commerce or sectoral-level regulation), thereby affecting the corresponding liability regime. This paper briefly analyzes the current status of this challenge, focusing on the internal functioning of the platform as a determinant of its real role. To achieve this purpose, this work will review the most relevant recent legislative developments in this area.

**Keywords:** mediation platform; intermediary platform; software; algorithm; artificial intelligence; explainability; traceability.

Received: 05-10-2023 / Accepted: 02-11-2023 / Published: 05-01-2024

**Citation:** Artíñano Marra, P. de (2024). El rol de las plataformas de mediación electrónica como elemento determinante de su responsabilidad civil. Especial consideración a su funcionamiento interno. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 276, 31-56. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2024.19443>



## Sumario

1. Introducción
  2. Las plataformas de mediación electrónica
    - 2.1. El problema de la terminología: plataformas intermediarias, colaborativas y mediadoras
    - 2.2. Concepto de plataforma de mediación electrónica y aspectos contractuales relevantes
  3. La responsabilidad civil extracontractual de las plataformas y su rol en la transacción
    - 3.1. Marco general de la responsabilidad
    - 3.2. El rol de la plataforma en la transacción
  4. El funcionamiento interno de las plataformas
    - 4.1. Consideraciones generales
    - 4.2. Obstáculos en la determinación del funcionamiento interno de la plataforma
    - 4.3. Breve exposición de su posible relación con la inteligencia artificial
  5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

**Nota:** Este trabajo se realiza en el marco de un contrato de investigación posdoctoral financiado por la Universidad Rey Juan Carlos. Asimismo, se encuentra adscrito a las investigaciones realizadas por el Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Responsabilidad Civil Extracontractual (GIRCE) de la Universidad Rey Juan Carlos.

## 1. Introducción

La responsabilidad de las plataformas intermediarias y, en concreto, las de mediación electrónica, es objeto de estudio por la doctrina desde hace mucho tiempo, pues el hecho de que la normativa no ofrezca respuesta a una realidad tan amplia hace que sean necesarias tales investigaciones, considerando, especialmente, que nos encontramos ante una situación de complejidad y fragmentación normativa que hace difícil proporcionar soluciones jurídicas seguras en un entorno tan cambiante como es el *e-commerce*.

En este trabajo, que se enmarca en el derecho digital y, dentro de este, en la rama de derecho civil, se expondrá el concepto de las plataformas de mediación electrónica (Amazon, Airbnb, Wallapop o Groupon, entre otras) y los aspectos más relevantes de la regulación de su posible responsabilidad civil, a la luz de la nueva normativa y de los criterios jurisprudenciales y doctrinales que han sido claves en la materia.

Asimismo, en atención a tales criterios, se revelará la importancia y la utilidad jurídica del análisis del funcionamiento interno de una plataforma de mediación electrónica como mecanismo para valorar la posible responsabilidad de su gestora, y, por supuesto, los avances normativos que confirman, precisamente, esa necesidad de conocer la configuración de los sistemas que, como las plataformas objeto de este estudio, tienen naturaleza informática.

## 2. Las plataformas de mediación electrónica

### 2.1. El problema de la terminología: plataformas intermediarias, colaborativas y mediadoras

Las plataformas de mediación electrónica son aplicaciones informáticas gestionadas o administradas normalmente por una empresa (entidad titular o gestora de la plataforma) que median entre el usuario que desea ofrecer sus productos o servicios (usuario prestador) y el usuario interesado en adquirirlos (usuario destinatario), en ocasiones, a cambio de una retribución (Airbnb) y, en otras ocasiones, sin retribución alguna (Wallapop), creando verdaderos mercados en línea.

Estas plataformas han recibido distintas denominaciones a lo largo del tiempo, lo que genera una serie de consecuencias jurídicas que estudiaremos.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la Directiva de comercio electrónico (DCE) y, por supuesto, su transposición a nuestro ordenamiento en la Ley de servicios de la socie-

dad de la información y comercio electrónico (LSSICE [NormaCEF NFL007276]) introdujeron la clasificación de los prestadores de servicios de la información intermediarios<sup>1</sup>; clasificación que mantiene el nuevo Reglamento 2022/2065, de servicios digitales (RSD [NormaCEF NCL013069]) o *Digital Services Act (DSA)*, por su denominación en inglés.

En esta normativa se señala que existen tres tipos de prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) intermediarios<sup>2</sup>, según el servicio que presten, que puede ser de mera transmisión de la información, de memoria tampón o *caching* (se refiere al almacenamiento automático y provisional de la información) o de almacenamiento (duradero) de la información o *hosting*<sup>3</sup>. Esto significa que la normativa regula la intermediación digital en su sentido más elemental, esto es, servir de intermediario (técnico) respecto de la información que proporcionan sus usuarios, bien transmitiéndola, bien almacenándola temporal o indefinidamente.

Por tanto, esta clasificación de intermediarios sitúa a las plataformas de mediación electrónica como prestadoras de un servicio de la sociedad de la información intermediario de *hosting*; es decir, como almacenadoras de la información proporcionada por sus usuarios.

En segundo lugar, debe recordarse que, a raíz de la crisis económica de 2008, surgió un fenómeno denominado economía colaborativa o *sharing economy*<sup>4</sup>, en el que las plataformas digitales cuyo objeto era servir de punto de encuentro a aquellos usuarios que deseaban colaborar entre ellos y compartir recursos se convirtieron en protagonistas, pues, como decían los autores de aquel momento, «*one person's trash is another person's treasure*» (Botsman y Rogers, 2010, p. 125). Estas plataformas se denominaron «plataformas colaborativas».

Con el paso de los años, este modelo de consumo colaborativo (sin ánimo de lucro) dio lugar a la aparición de un verdadero modelo de negocio (lucrativo), surgiendo las plataformas objeto de este estudio, cuya importancia en el comercio electrónico global es incues-

---

<sup>1</sup> Esta denominación de «intermediario» se adoptó bajo la influencia de la norma precedente, la *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)* americana, del año 1998.

<sup>2</sup> En la DCE se regula en los artículos 12, 13 y 14, en la LSSICE en los artículos 14, 15 y 16 y en el RSD en los artículos 4, 5 y 6.

<sup>3</sup> Las plataformas de mediación electrónica encajan en este último concepto de PSSI de *hosting*, pues cierto es que almacenan la información suministrada por sus usuarios, aunque sobre esto volveremos más adelante.

<sup>4</sup> Este término se ha adoptado en multitud de ocasiones por distintos organismos europeos, como en la Comunicación de la Comisión Europea denominada «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», publicada el 2 de junio de 2016, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «la economía colaborativa y la autorregulación», publicado el 19 de agosto de 2016, o el Dictamen del mismo órgano sobre «Economía colaborativa y plataformas en línea: una visión compartida de ciudades y regiones», publicado el 9 de junio de 2017, entre otras muchos ejemplos. Debe advertirse que dentro del concepto de economía colaborativa, se albergaban también otros términos como *green economy* (enfoque a medioambiente), *gig economy* (enfoque a fórmulas de trabajo), *peer economy* (enfoque a las transacciones que se realizaban), etc.

tionable. Sin embargo, el término economía colaborativa se utilizó por mucho tiempo (y se sigue utilizando aún en ocasiones)<sup>5</sup> para referirse a cualquier fórmula en la que una plataforma actúa como intermediaria entre usuarios; amplitud del término que ya advirtió el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen sobre «la economía colaborativa y la autorregulación», publicado el 19 de agosto de 2016.

Como es de suponer, incluir en el mismo concepto tantos modelos distintos no facilita ni su delimitación, pues «no todo lo que se trata de vender como economía colaborativa es realmente economía colaborativa» (Jarne Muñoz, 2019, pp. 28 y ss.), ni su regulación, e incluso puede llevar a cierta confusión, pues no es lo mismo una plataforma colaborativa como un «banco de tiempo»<sup>6</sup> que plataformas como Amazon o Airbnb.

En este sentido, la doctrina, consciente de que actualmente la mayoría de plataformas que median entre usuarios (refiriéndonos a las de comercio electrónico) ya no son colaborativas, indica que es más acertado hacer referencia a una economía de plataformas, en vez de utilizar el término economía colaborativa (Rodríguez de las Heras Ballell, 2019, p. 98), matiz que también es importante, pues en todo lo que respecta a las plataformas de mediación electrónica (y en derecho digital en general) ya existe bastante confusión en lo que a terminología se refiere<sup>7</sup>.

En tercer lugar, las plataformas objeto de este trabajo son verdaderas mediadoras, pues han sido creadas con el fin de indicar a sus usuarios la oportunidad de celebrar un negocio jurídico entre ellos, y esa orden de búsqueda (del usuario prestador para que busque potenciales clientes y del usuario destinatario para que busque quien le ofrezca el producto o servicio que desea adquirir) perfecciona un contrato de mediación o corretaje, que, por la naturaleza informática de la referida plataforma, es «electrónico».

Consecuentemente, lejos ya del concepto de plataforma colaborativa, las plataformas objeto de este estudio son: a) prestadoras de un servicio de la sociedad de la información, b) servicio que es, conforme a la normativa, intermediario (de *hosting*) y, c) mediadoras (en el sentido de corredoras) entre sus usuarios.

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, en España, en el Real Decreto 366/2021, de 25 de mayo, por el que se desarrolla el procedimiento de presentación e ingreso de las autoliquidaciones del impuesto sobre las transacciones financieras y se modifican otras normas tributarias, se hace referencia aún a «plataformas colaborativas».

<sup>6</sup> Estas plataformas, eminentemente colaborativas, son aquellas en las que los usuarios intercambian «tiempo» (por ejemplo, se ofrece 1 hora de clase de inglés y se genera un crédito de 1 hora a cambiar por el tiempo de otro usuario, como puede ser una clase de tenis). Véase: <https://www.bdtonline.org/>

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, en relación con las plataformas objeto de este trabajo, encontramos distintas denominaciones. En el RSD son prestadoras intermediarias (servicios de *hosting*) y *plataformas en línea* (art. 3), en el Reglamento 2019/1150, conocido como *platform to business* (P2B), se denominan «servicios de intermediación en línea», el RD 366/2021 anteriormente mencionado hace referencia a «plataformas colaborativas», y en la Directiva conocida como NIS 2, en materia de ciberseguridad, se hace referencia a «mercados en línea».

## 2.2. Concepto de plataforma de mediación electrónica y aspectos contractuales relevantes

Partiendo de las consideraciones efectuadas, las plataformas de mediación electrónica deben definirse, desde una perspectiva jurídica, como:

- Prestadoras de servicios de la sociedad de la información, definidos tales servicios en nuestra LSSICE (anexo) como aquellos que se prestan normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario<sup>8</sup>.
- Prestadoras de un servicio de *hosting* o almacenamiento de la información, pues, como decíamos, es cierto que almacenan la información que proporcionan sus usuarios. Esta consideración tiene repercusiones importantes en materia de responsabilidad, como veremos más adelante.
- Mediadoras (corredoras), pues casan la oferta del usuario prestador y la demanda del usuario destinatario, con la «especialidad» de que, al tratarse de aplicaciones informáticas, la mediación se «electronifica» (Illescas Ortiz, 2019, p. 56), motivo por el que las denominamos de mediación electrónica.

Estas cualidades definen a las plataformas de mediación electrónica, que, en la creación de sus mercados en línea se convierten en un foco generador de relaciones contractuales de distinta índole, conforme se expone a continuación.

En primer lugar, tiene lugar entre la gestora (o titular) de la plataforma y sus usuarios el propio contrato de mediación electrónica. Y, en segundo lugar, tiene lugar (en su caso) entre los usuarios que han conectado a través de ella un contrato que podrá ser de distintos tipos, siendo los más frecuentes la compraventa y el arrendamiento.

En el contrato de mediación electrónica se parte del acceso a la plataforma por sus usuarios. Este acceso, considerado un contrato que despliega obligaciones para las partes (Rodríguez de las Heras Ballell, 2006, pp. 229 y ss.), plantea algunas cuestiones que jurídicamente son relevantes. Una de ellas es la relativa a la aceptación de las condiciones generales o términos de uso o servicio de la plataforma. En este sentido, se ha planteado por la doctrina si debe considerarse que el usuario acepta las condiciones generales de la gestora o titular de la plataforma por la mera navegación (lo que se conoce como *browse wrap agreement*), o si es necesaria una aceptación expresa mediante clic (conocido como *click wrap agreement*).

En relación con esta cuestión, algunos autores consideran que la mera navegación no debe implicar aceptación de tales condiciones generales, especialmente en los casos en

---

<sup>8</sup> En el mismo sentido, la Directiva 2015/1535, de 9 de septiembre, señala en su artículo 1 que se definen como plataformas aquellas que prestan un servicio «normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

que el usuario tiene la condición de consumidor, pues no tiene «oportunidad real de conocer y revisar el contenido de esas condiciones antes de la manifestación del consentimiento» (López-Tarruella Martínez, 2021, pp. 103 y ss.). No obstante, esto cambia si realiza una determinada transacción, lo que podría considerarse una forma propia de aceptación «mediante ejecución del contrato» (Cuadrado Pérez, 2003, p. 213).

En cualquier caso, no debe perderse de vista que cuando los usuarios acceden a la plataforma de mediación electrónica (sea como prestador o como destinatario), lo habitual es que se registren previamente y, con ello, acepten las condiciones generales, lo que no parece generar este problema de entender (o no) aceptadas las condiciones de la plataforma, pues, evidentemente, cuando «el usuario de internet debe registrarse, se le da la oportunidad de conocer el contenido jurídico de la relación que se va a entablar» (Cámara Lapuente, 2022, p. 332)<sup>9</sup>.

Posteriormente a tal acceso (y registro), de un lado el usuario prestador solicita a la plataforma que cuelgue su oferta y busque potenciales clientes para su actividad y, de otro lado, el usuario destinatario solicita a la plataforma que encuentre el servicio o producto que busca entre los distintos prestadores.

Estos encargos configuran el contrato de mediación electrónica, entendido así por la doctrina (entre otros, Cuenca Casas, 2020, pp. 328 y ss., Goñi Rodríguez de Almeida, 2020, p. 69, y Rodríguez Martínez, 2017, p. 191), al que son de aplicación, con algunas particularidades (Álvarez Moreno, 2021, p. 55), los caracteres del contrato mediación «tradicional» (aunque atípico), definido como aquel «por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (el comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución»<sup>10</sup>.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el contrato de mediación se perfecciona desde el momento en que se encarga a la plataforma «la indicación de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero» y aquella acepta «desempeñar esta labor» (Cuadrado Pérez, 2007, p. 2.526). Por ello, podemos decir que se celebran dos contratos distintos de mediación electrónica, uno con el usuario prestador y otro con el usuario destinatario (Cuenca Casas, 2020, p. 335).

Este contrato, que, en mi opinión, se compone del acceso y la mediación (contrato mixto), desprende una serie de efectos contractuales para las partes, que se determinan,

<sup>9</sup> Por ello, para los que opinan que el usuario no puede conocer y, por consiguiente, aceptar las condiciones generales de la plataforma con la mera navegación, quizá sería útil distinguir entre usuario visitante (que únicamente navega) y usuario registrado (que sí tiene intención –por eso se registra– de operar en dicha plataforma). En mi opinión, y en el caso de las plataformas objeto de este estudio, esta cuestión no plantea mayores repercusiones, pues la mera navegación, sin ánimo de operar ni efectuar ninguna transacción (y sin el registro para poder realizarla), no implica negocio jurídico alguno y, por tanto, no tiene mayores consecuencias jurídicas.

<sup>10</sup> STS núm. 973/1994, de 4 de noviembre, rec. núm. 429/1991.



fundamentalmente, en las condiciones generales de la plataforma, por lo que ambas partes tendrán que estudiar adecuadamente su contenido (además de las condiciones particularmente pactadas con los usuarios, si es el caso).

La importancia del contenido de las condiciones generales se pone de manifiesto de una manera especial en casos como el resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.<sup>a</sup>) el 22 de julio de 2022 en su sentencia número 396/2022. En esta ocasión, la plataforma Socialcar fue demandada por el usuario (particular) que arrendó su vehículo a otra usuaria y que, al encontrarse con que no había recibido el importe del arrendamiento (le correspondía un 80 %, tras deducir el 20 % de comisión de la plataforma) y con la necesidad de reparar el vehículo tras una avería causada por la usuaria arrendataria, solicitó ambos importes a la plataforma.

Pues bien, en dicha resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a la titular de la plataforma a abonar al usuario demandante el 80 % del importe del alquiler (se da la particularidad de que la plataforma no había recibido el pago), ya que,

estableciéndose contractualmente que el cobro del alquiler se hiciera a través de Social Car, S.L., para así esta retener su comisión del veinte por ciento, aquella debía desplegar toda la prudencia y todos los mecanismos de control necesarios para que el cobro del arrendamiento fuese efectivo y que el arrendatario no frustrase tal posibilidad.

Del mismo modo, condenó a la gestora de Socialcar a hacerse cargo del importe de la reparación por la avería causada por la usuaria arrendataria, pues consideró que

la oferta publicada por Social Car, S.L. en su página web tenía carácter plenamente contractual y, en consecuencia, le obligaba a concertar una póliza que respondiera de los daños causados en el vehículo por el propio conductor arrendatario o, en caso de no hacerlo, a responder directamente de ellos. De igual modo, y al entenderse que soportaba el riesgo, inherente a su actividad comercial, de que no llegase a percibirse el precio estipulado, debe abonar al arrendador el porcentaje convenido del ochenta por ciento.

Otro caso muy conocido es el resuelto por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.<sup>a</sup>) de 8 de mayo de 2018<sup>11</sup>, en el que una usuaria que adquirió un bono para pasear a caballo en la plataforma conocida como Yumping, tras sufrir un accidente durante dicho paseo, reclama a la gestora de la plataforma y a la hípica, tras constatar que esta última no disponía de seguro de responsabilidad civil ni de licencia. En lo que aquí interesa, se indica en la referida resolución que la plataforma, en sus condiciones generales, señalaba que sus anunciantes ofrecían los «más altos estándares de calidad» y que ello «determina una garantía

<sup>11</sup> SAP de Cuenca, núm. 118/2018.

para el consumidor y es la base de la confianza en la contratación». Finalmente, ambas son condenadas solidariamente a indemnizar a dicha usuaria en la cantidad de 22.459,19 euros.

En el mismo sentido, también deben tenerse en cuenta las condiciones particularmente pactadas entre las partes, para lo que traemos a colación el conflicto resuelto por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.<sup>a</sup>) el 31 de marzo de 2021 en su sentencia número 234/2021 (aunque debe tenerse en cuenta que se trata de un prestador de servicios de *hosting* clásico –servidor–). En este caso, una academia de preparación de profesionales médicos, denominada AMIR, demandó a dicho proveedor de servicios de *hosting* por la pérdida de la información almacenada en su servidor tras una interrupción en su servicio, reclamando la recuperación y reintroducción de dichos datos y una indemnización por daños y perjuicios. La audiencia provincial, confirmando la sentencia de primera instancia en la que se desestimaba tal pretensión, señaló, en primer lugar, que no pudo probarse negligencia del prestador en tal interrupción del servicio y, en segundo lugar, que la academia no había contratado el servicio de copia de seguridad de la información «a pesar del ofrecimiento de contratación [...]». Según se desprende de la lectura del contrato concertado entre las partes [...]». En este sentido, al no haber contratado específicamente tal servicio, indicó que «AMIR, contractualmente, se ha de encargar de la gestión completa y contenido del Servidor, incluyendo la responsabilidad de hacer las copias de seguridad».

Adicionalmente, es conveniente verificar que tales condiciones generales no son abusivas, pues, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) en su sentencia número 406/2019, de 13 de septiembre de 2019, denegó la pretensión de Dña. Pilar por la que solicitaba la devolución del importe del arrendamiento de un alojamiento vacacional en Italia, gestionado a través de la plataforma Homeaway (ahora Vrbo), tras percatarse de que era un anuncio falso. Aunque este asunto es bastante interesante, ya que se denegó la petición de Dña. Pilar (dado que pudo acreditarse la diligencia de la gestora de la plataforma en cuanto tuvo conocimiento de la posible falsedad del anuncio, tras ser víctima de un ataque de *phishing*), ahora nos detendremos en que la audiencia provincial sí estimó la pretensión relativa a declarar algunas cláusulas abusivas, por restringir «el régimen legal de responsabilidad establecido para esos prestadores de servicios frente a los usuarios» y suponer «de forma inmediata y automática una limitación de los derechos de reclamación que pudiera corresponderles como consumidores, de esa responsabilidad del proveedor»<sup>12</sup>.

Finalmente, también debe recordarse, a efectos contractuales, que los contratos obligan «no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

<sup>12</sup> En concreto, fueron declaradas dos cláusulas como abusivas: cláusulas 6.2 y 14. La cláusula 6.2 de las condiciones generales de Homeaway establecía que no se podría exigir responsabilidad a la plataforma por «cualquier información o datos fraudulentos que puedan aparecer en el portal», y la cláusula 14 disponía que no podría ser declarada responsable «incluso si el Proveedor fue avisado por la eventualidad de tal perjuicio». Al ser contrarias ambas cláusulas a la normativa (LSSICE), fueron declaradas nulas por abusivas.

Esta última referencia normativa (art. 1.258 CC) cobra especial relevancia en esta materia, pues es bien sabido que, en muchas ocasiones, los derechos y obligaciones del contrato de mediación electrónica no están bien delimitados (especialmente en las condiciones generales o términos de uso), motivo por el que no debe olvidarse que, en efecto, podrán desprenderse otros efectos contractuales que, aunque no estén expresamente previstos o pactados, han de formar parte de la relación contractual entre la gestora de la plataforma y sus usuarios<sup>13</sup>.

### 3. La responsabilidad civil extracontractual de las plataformas y su rol en la transacción

#### 3.1. Marco general de la responsabilidad

Debe partirse de que, como indica la doctrina, son de aplicación las normas generales de responsabilidad civil a los prestadores de servicios intermediarios (Orozco Pardo, 1998, pp. 143 y ss.; Vattier Fuenzalida, 2001, pp. 65-90). Además, como es sabido, en esta materia debe acudirse a la normativa de comercio electrónico, que regula esta materia a través de las disposiciones de exoneración de responsabilidad, conocidas como puertos seguros o *safe harbors*<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Una cuestión que, a mi juicio, quizá merezca un estudio separado es la relativa a si la ciberseguridad (en el sentido de ofrecer un entorno seguro) debe considerarse una obligación contractual de la gestora o titular de la plataforma. Pues bien, tal ciberseguridad sí puede considerarse una obligación contractual (SAP de Málaga 234/2021, de 31 de marzo, citada anteriormente, que afirmó –respecto de un prestador de servicio de *hosting*, de servidor– que debía «contar con herramientas y métodos que evitaran los virus o los posibles ataques informáticos»). No obstante, como se decía, es una cuestión que merece un análisis más extenso, pues también podría considerarse responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta que el incumplimiento de una obligación legal puede acarrear, además de una sanción, la apreciación de responsabilidad civil extracontractual (en materia de ciberseguridad se han publicado recientemente dos normas europeas importantes, cuya referencia dejamos enunciada: Reglamento 2022/2554, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero, conocido como DORA, y la Directiva 2022/2555, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión; conocida como NIS2). Finalmente, no debe olvidarse que, en ocasiones como la resuelta en el caso *lunion* (ámbito laboral) por la SAN 37/2022, de 14 de marzo de 2022 (NormaCEF [NSJ063747]), un ciberataque puede considerarse fuerza mayor (son muy importantes las periciales forenses, denominadas *forensic* en el ámbito de ciberseguridad, a los efectos de probar cómo se ha afrontado el ciberataque por el perjudicado y su diligencia al respecto). En todo caso, no debe olvidarse que las plataformas de este tipo son las principales interesadas en ofrecer un espacio seguro, pues, de otro modo, no se utilizarán por los usuarios y su valor descendería (lo que se conoce en esta materia como «efectos de red», que es la utilidad derivada de que otros usuarios hagan uso de la misma tecnología o servicio (Montero Pascual, 2017, p. 26).

<sup>14</sup> Para prestadores de servicios de *hosting* (como las plataformas de mediación electrónica), se regula en la DCE en el artículo 14, en la LSSICE en el artículo 16, y en el RSD (que deroga las disposiciones anteriores de la DCE sobre responsabilidad de intermediarios) en el artículo 6.

En concreto, para las plataformas que prestan servicios de *hosting*, el artículo 6 del RSD establece, con carácter general, que las gestoras de dichas plataformas no responderán, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la información que almacenan es ilícita o, cuando tengan tal conocimiento, actúen *con prontitud* para retirar dicha información o hacerla inaccesible.
- b) Que el usuario que ha proporcionado no actúe bajo su autoridad o control y,
- c) En el caso de mediaciones B2C o *business to consumer*, que no induzca al consumidor medio a pensar que es ella la prestadora del servicio o que el usuario que presta el servicio (usuario prestador) actúa bajo su autoridad o control.

En primer lugar, sobre la necesidad (para exonerarse de responsabilidad) de no tener conocimiento efectivo de la información ilícita que almacena en su web o aplicación, debe decirse que en el pasado hubo una cierta confusión, ya que la LSSICE dispone en el artículo 16.1, último párrafo, que tal conocimiento efectivo tiene lugar

cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Por este motivo, hubo algunas resoluciones que, aplicando estrictamente la norma, consideraron que no había conocimiento efectivo si, efectivamente, no había sido declarada por un órgano competente la ilicitud de tal información (SAP de Madrid, Sección 14.ª, 835/2005, de 20 de diciembre). No obstante, con el tiempo, y de una forma más lógica, se ha admitido que el conocimiento (efectivo) de la ilicitud de la información almacenada puede darse por cualquier medio; interpretación amplia que es «más conforme a la Directiva de que procede la LSSICE» (Cavanillas Múgica, 2007, p. 28). Es más, el RSD elimina cualquier resquicio de duda en dicha interpretación, señalando en su artículo 16.3 que tal conocimiento tendrá lugar siempre que el prestador (la plataforma) pueda determinar «sin un examen jurídico detallado que la información o la actividad pertinentes son ilícitas».

Consecuentemente, y en sentido inverso, se entiende que la plataforma responde siempre que tenga conocimiento por cualquier medio de que está almacenando una información que es ilícita.

Sobre esta cuestión, es relevante el caso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia 235/2020, de 2 de junio. En este asunto, la web [www.meneame.net](http://www.meneame.net) publicó una noticia sobre un concejal de Marbella y, posteriormente, varios usuarios colgaron diversos comentarios,

bastante desafortunados, que quedaron colgados en el muro de dicha publicación. El afectado envió distintas peticiones a la plataforma, solicitando que eliminase dichos comentarios y la plataforma no hizo nada al respecto. Por ello, finalmente fue demandada y condenada a indemnizarle en la cantidad de 30.000 euros, pues, tal y como señaló el Tribunal Supremo,

tuvo conocimiento efectivo de los comentarios y de su ilicitud, no desde la notificación de la demanda –tesis de Meneame desde un principio–, sino al menos desde la primera comunicación dirigida por medio de correo electrónico, sin que la demandada obrara con la diligencia que le era exigible a la hora de retirar esos contenidos ilícitos o de impedir que se pudiera seguir accediendo a ellos.

En este sentido, es muy importante (y se valora judicialmente) la diligencia de las plataformas en su actuación respecto de las informaciones ilícitas que almacenan. Anteriormente hicimos referencia al caso resuelto por la SAP de Madrid 406/2019, de 13 de septiembre, sobre Dña. Pilar, que había reservado un alojamiento vacacional a través de la plataforma Homeaway, que resultó ser un anuncio falso. En este caso, la plataforma había sido víctima de un ataque de *phishing* y, de hecho, en cuanto lo detectó, informó a la usuaria del anuncio fraudulento (aunque ya había abonado el importe del arrendamiento). En este sentido, la audiencia provincial puso especial atención en la diligencia de Homeaway, señalando que

el comportamiento observado por Homeaway Spain SL rebasa la exigencia de diligencia del art. 16.1.b) LSSI, donde solo se le impone la retirada de la información del acceso de los usuarios, ya que procede ella misma a determinar la posible falsedad del anuncio, y procede a comunicar personal e individualmente a los usuarios que constan como interesados en dicho anuncio la posibilidad de que se esté ante una estafa,

desestimando finalmente la pretensión indemnizatoria de la usuaria de la plataforma<sup>15</sup>.

Por todo lo anterior, se pone de manifiesto en casos como este que la diligencia de las gestoras de las plataformas es analizada en este tipo de procedimientos, pues, como es sabido, su posible responsabilidad civil extracontractual es de carácter subjetivo (Busto Lago, 2014, pp. 701 y ss.; Garrote Fernández-Díez, 2000, p. 54, entre otros), en el que se valora la diligencia (o negligencia), a diferencia de los casos en los que aplica el sistema de responsabilidad objetiva, en la que se atiende al riesgo que genera una determinada actividad.

En segundo lugar, al exigirse que el usuario que suministra la información ilícita no actúe bajo su autoridad o control, se trata de que la plataforma no sea considerada la proveedo-

---

<sup>15</sup> Es relevante tener en cuenta que la audiencia provincial consideró que al tratarse de un ataque de *phishing*, los tratos entre «Pilar y el defraudador se hicieron de modo del todo ajeno a la plataforma gestionada por Homeaway Spain SL, así como el pago del precio».

ra de los contenidos (Miguel Asensio, 2022, p. 331). No parece esta cuestión plantear más problemas, pues, en tal caso, la gestora de la plataforma debe responder por hecho ajeno (Busto Lago, 2014, p. 700; Garrote Fernández-Díez, 2000, pp. 58 y ss.).

En tercer lugar, para las mediaciones electrónicas entre empresario y consumidor, el RSD (art. 6.3) dispone que la plataforma sí responderá cuando «presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio<sup>16</sup> a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control».

En este caso, claramente la norma trata de evitar las situaciones en las que no está claro quién es el prestador, si un tercer vendedor o la gestora de la plataforma<sup>17</sup>. En relación con esta cuestión, es interesante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 22 de diciembre de 2022<sup>18</sup>, dictada en el caso *Louboutin vs. Amazon*. En esta ocasión, Louboutin, conocida marca de zapatos de lujo, ejerció una acción por vulneración de sus derechos de marca frente a Amazon en Luxemburgo por alojar, en resumidas cuentas, la oferta de otros terceros vendedores, consistente en ofrecer zapatos de imitación de dicha marca. En esta resolución, y en lo que aquí interesa, el TJUE apunta a una posible vulneración de los derechos de marca por Amazon (aunque al resolver una cuestión prejudicial, deja su resolución final a los tribunales de Luxemburgo), debido a que puede dar la impresión «de que es ese operador quien comercializa, él mismo, en su propio nombre y por cuenta propia, los productos provistos de ese signo».

### 3.2. El rol de la plataforma en la transacción

Una vez expuesto el marco general que regula la responsabilidad civil de las plataformas de mediación electrónica, como prestadoras de servicios de la sociedad de la información de *hosting* (como se regulan por la normativa), puede llegarse a la conclusión de que llevan a cabo un papel más activo y complejo que el simple almacenamiento de información (Rodríguez de las Heras Ballell, 2019, p. 96) y que, quizá, tal régimen general no dé respuesta a muchos de los conflictos que surgen con ocasión de su posible responsabilidad. Como dijimos anteriormente,

<sup>16</sup> Se entiende por consumidor medio, según el TJUE, aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (STJUE de 16 de julio de 1998, dictada en el asunto C-210/96).

<sup>17</sup> Es interesante, además, recordar que la Propuesta de directiva de sobre responsabilidad por productos defectuosos, publicada el 28 de septiembre de 2022 indica (respecto a este supuesto de inducción), que «cuando las plataformas en línea presenten o permitan de otro modo la transacción específica de esta manera, debería ser posible considerarlas responsables, al igual que a los distribuidores en virtud de la presente Directiva» (Cdo. 28).

<sup>18</sup> Asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21.

son verdaderas *mediadoras*, más allá de la mera intermediación digital o intermediación de la información que proporcionan sus usuarios y, además, en multitud de ocasiones prestan tantos servicios que resulta difícil, incluso, saber cuál es la prestación principal y cuál es accesoria.

Pues bien, efectivamente, la normativa no responde estrictamente a las necesidades de los mercados en línea generados por estas plataformas y, en consecuencia, ha sido necesaria la interpretación judicial en diversas ocasiones. En concreto, el TJUE, a través de distintas resoluciones, ha establecido una serie de criterios interpretativos que, básicamente, consisten en determinar el rol que juega la plataforma respecto de la transacción final en la que media –dicho de otro modo, su papel respecto de la prestación del servicio subyacente–.

De esta forma, es clásica la referencia a los casos *Vuitton vs. Google* y *L’Oreal vs. Ebay*, ambos relativos a supuestos en los que se reclama la posible vulneración de sus derechos de marca por redireccionar (en el caso de Google) y ofrecer (en el caso de Ebay) productos de imitación. En estos supuestos, el TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por diversos tribunales<sup>19</sup> y señala que las exoneraciones de responsabilidad de la normativa estudiadas anteriormente (los denominados puertos seguros o *safe harbors*) no aplican

cuando el prestador del servicio, en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos,

dejando para los tribunales que plantearon dichas cuestiones prejudiciales su resolución final, conforme a tal criterio.

En este sentido, es fundamental determinar si la plataforma desempeña un papel activo respecto de la transacción en la que media, pues, como es lógico, en tal caso ya no se puede considerar una mera intermediaria de almacenamiento de información (o *hosting*).

Posteriormente, el TJUE resolvió otra cuestión prejudicial, planteada en esta ocasión por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona<sup>20</sup> en el caso *Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber*. En esta ocasión, se plantea si Uber debe considerarse prestador de servicios de la sociedad de la información (como plataforma intermediaria) o prestador de un servicio de transportes. Esta cuestión es relevante porque, dependiendo de su calificación como uno u otro tipo de prestador, aplica una norma (la LSSICE en el primer caso) u otra (la LOTT en el segundo).

<sup>19</sup> Caso *Vuitton vs. Google* resuelto en sentencia de 23 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-236/08 (NormaCEF NCJ051463) a C-238/08 (NormaCEF NCJ051463) y caso *L’Oreal vs. Ebay*, resuelto en sentencia de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 (NormaCEF NCJ055263).

<sup>20</sup> En su sentencia de 20 diciembre 2017, asunto C-434/15 (NormaCEF NCJ062856).

En el caso Uber, el TJUE señaló la importancia de determinar si la gestora de la plataforma ejerce una influencia decisiva sobre la prestación del servicio subyacente y, además, cuál es la actividad o prestación principal. Respecto a lo primero, indicó que

Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos.

Respecto a lo segundo, afirmó que el

servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de servicio de la sociedad de la información, sino a la de servicio en el ámbito de los transportes.

Consecuentemente, la respuesta del TJUE es de gran importancia, pues al considerar: a) que Uber ejerce una influencia decisiva sobre el servicio de transportes, y b) que dicha actividad es su actividad principal, es de aplicación la normativa sectorial (LOTT) y no la de comercio electrónico (y, con ello, no puede acogerse a las exoneraciones de responsabilidad que prevé la normativa de comercio electrónico para prestadores intermediarios).

En la misma línea de argumentación, el TJUE resolvió un caso muy conocido relativo a la plataforma Airbnb<sup>21</sup>, que reproduciremos únicamente para exponer, en relación con lo aquí estudiado, que dicho tribunal estableció: a) que la intermediación es su actividad principal. Es sabido que esta plataforma ofrece multitud de servicios a sus usuarios, considerándose por el TJUE en este caso como «prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación» y, b) que, al no poderse acreditar que «Airbnb Ireland ejerza tal influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento a los que está vinculado su servicio de intermediación», procede su calificación como servicio de la sociedad de la información al que resulta de aplicación la normativa de comercio electrónico (no la propia de intermediación en transacciones inmobiliarias).

Por todo lo anterior, cuando se trata de analizar la posible responsabilidad de las gestoras o titulares de plataformas de mediación electrónica, deberán tenerse en cuenta estos criterios (papel activo, influencia decisiva, actividad principal) para determinar cuál es su

<sup>21</sup> Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-390/18 (NormaCEF NCJ064919).



verdadero rol o papel respecto de la transacción final. Estas valoraciones tienen un carácter trascendental pues, como se ha expuesto más arriba, determinan la aplicación de una normativa (comercio electrónico) u otra (sectorial), y con ello su posible responsabilidad civil.

## 4. El funcionamiento interno de las plataformas

### 4.1. Consideraciones generales

En el abordaje del estudio de las plataformas de mediación electrónica no debe obviarse su naturaleza informática; son, en sí mismas, un *software* o programa informático que a su vez necesitan de un dispositivo (*hardware*) para funcionar (ordenador, móvil). Esta afirmación tan evidente no se hace con un motivo baladí, pues, como veremos más adelante, la configuración interna de las plataformas es determinante en el desarrollo de su actividad y, con ello, en consonancia con lo expuesto hasta el momento, en la determinación de su régimen jurídico y de su posible responsabilidad.

La configuración de un programa informático se ha comparado por los expertos, de una manera muy gráfica, con el programa de una lavadora o con una receta de cocina (Lizcano y Alonso, 2018, pp. 44 y ss.; Charte Ojeda, 2021, p. 17), pues, al fin y al cabo, el *software* funciona identificando un problema (o una tarea) y sigue una serie de pasos para resolverlo (o realizar dicha tarea).

Es aquí donde debe hablarse de los algoritmos como elemento jurídicamente relevante, pues son los «pasos» u operaciones desarrollados para dar respuesta a la tarea o problema planteado (Lizcano y Alonso, 2018, p. 44). En el caso de las plataformas de mediación electrónica, se trata de que la plataforma en cuestión, mediante el manejo de unos datos de entrada (orden del prestador consistente en el almacenamiento o alojamiento de su oferta y búsqueda de clientes y orden del destinatario de encontrar prestadores) y su tratamiento (a través de los algoritmos) encuentre una solución (casar dicha oferta y demanda).

Partiendo de estas consideraciones, sin profundizar en cuestiones técnico-informáticas, debemos concentrar el esfuerzo de este análisis en comprender que la manera en que la plataforma esté programada determina cómo toma sus decisiones, es decir, cómo desarrolla y ejecuta su actividad.

Recordemos que el TJUE, en casos como Uber y Airbnb, precisó que para la aplicación de las exoneraciones de responsabilidad o *safe harbors* previstos en la normativa, es necesario que la plataforma no desempeñe un papel activo respecto de la información que almacena (ya que esto determinaría que sí la conoce y, por tanto, conoce su ilicitud, en su caso), que su actividad principal sea la intermediación y, por supuesto, que no se revele verdadera prestadora del servicio subyacente (en el caso Uber se determinó que, en efecto, la plataforma ejercía

una *influencia decisiva* sobre la prestación del servicio de transportes y, con ello, que la normativa a aplicar no era la de comercio electrónico, sino la propia del sector de transportes)<sup>22</sup>.

Estos criterios interpretativos, clave en nuestra materia, nos llevan a plantearnos una cuestión importante: ¿sería posible demostrar hasta qué punto la plataforma es una mera intermediaria? ¿No es cierto que si se analiza su configuración interna será más sencillo determinar su verdadero rol? Parece que si conocemos cómo funciona internamente, podremos realmente determinar si la plataforma desempeña un papel activo (o no), si ejerce una influencia decisiva (o no) y, en definitiva, hasta qué punto es una verdadera intermediaria.

No obstante, en caso de conflicto, no podemos olvidar que los jueces o magistrados que enjuician el asunto en cuestión, los abogados que defienden a sus clientes y los investigadores que posteriormente estudian y analizan los casos finalmente resueltos no son especialistas informáticos y no cabe razonablemente exigirles tales habilidades, motivo por el que será conveniente, en tales casos, aportar (o solicitar) dictámenes periciales que, como en otros muchos asuntos que requieren de los conocimientos de especialistas en la materia, permitan determinar y explicar cómo funciona la plataforma en cuestión.

A pesar de que la elaboración de periciales informáticas es, cuando menos, deseable, para tratar de evitar realizar esfuerzos interpretativos (por todos los juristas implicados, especialmente los juzgadores), debe tenerse en cuenta que en la determinación del funcionamiento interno de un *software* existen algunos obstáculos, que veremos a continuación.

## 4.2. Obstáculos en la determinación del funcionamiento interno de la plataforma

El análisis de la configuración interna de una plataforma interesa, jurídicamente, en el sentido de poder trazar el programa informático de manera que sea posible determinar los pasos que ha seguido para llegar a un resultado. Recordemos que tales *software* se componen de algoritmos, que son, precisamente, ese conjunto de pasos que permiten al programa ofrecer una solución al problema planteado, como decíamos anteriormente. Pero, ¿es posible conocer la composición algorítmica de una plataforma?

---

<sup>22</sup> Debe recordarse que la Comisión Europea, en su comunicación sobre «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», publicada el 2 de junio de 2016 (COM 2016) 356 final, señaló que para determinar si la plataforma debe considerarse o no prestadora del servicio subyacente, debe valorarse (a) si la plataforma establece el precio final a pagar por el usuario, (b) si fija el contenido de la relación contractual entre usuarios (prestador y destinatario), y (c) si tiene la propiedad de activos clave para prestar el servicio subyacente. En este sentido, si se cumplen los tres criterios indicados, la plataforma «ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente» y, por tanto, se entiende que es la verdadera prestadora del servicio de que se trate, aplicándose la normativa que corresponda según el sector de actividad.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que los especialistas en programación informática indican que lo que es posible conocer (o más bien, entender) es su código fuente, pues, en realidad, los algoritmos se escriben en distintos lenguajes de programación (Julia, Python, etc.), siendo el código fuente el que verdaderamente es legible por las personas (Charte Ojeda, 2021, p. 23).

En segundo lugar, no parece irracional pensar que sea posible, en el desarrollo de un programa informático, invertir el proceso y valorar cómo ha llegado a esa solución o resultado, o, dicho de otra forma, cómo ha tomado una determinada decisión. En efecto, los expertos informáticos indican que la trazabilidad del programa es importante, no solo para su mantenimiento (Tian *et al.*, 2021, p. 13), sino para la detección de errores, existiendo «procesos de depuración» que permiten «ir viendo el funcionamiento del programa paso a paso» (Charte Ojeda, 2021, pp. 29 y ss.).

No obstante, tales expertos señalan que cuando el programa incorpora o se compone de algoritmos de aprendizaje automático, es más complejo determinar por qué el programa tomó tal decisión o solución<sup>23</sup>, debido a una conocida característica de estos algoritmos: la opacidad. Dicha característica no significa que no pueda conocerse el funcionamiento del *software* en cuestión, sino que no es posible explicar «el porqué de la respuesta dada ante una situación concreta» (Magdalena Layos, 2021, p. 634). Debido a esta opacidad, es decir, a la imposibilidad de determinar por qué la fórmula algorítmica del *software* ha producido un determinado resultado, este tipo de algoritmos se denominan «caja negra» o *black box*. Los programas que utilizan estos algoritmos, que se entrenan y aprenden por sí mismos (*machine learning*) plantean, en opinión de los expertos, una situación curiosa y es que «permiten una decisión con una combinación inédita: una predicción precisa y una ausencia de explicación» (Roig, 2020, p. 209). Por el momento, aunque hay algunos estudios en marcha para evaluar la forma de convertir esos algoritmos *black box* en *white box*, como la denominada XAI o inteligencia artificial explicable (Hussain *et al.*, 2021, p. 2), no parece posible evitar su uso en el desarrollo de nuevos programas informáticos.

Por este motivo, y para paliar los efectos de la opacidad algorítmica, cada vez está más presente la exigencia de «explicabilidad» de los sistemas informáticos, consistente en que el usuario comprenda cómo funcionan, los datos que han manejado en su entrenamiento y el modelo de aprendizaje seguido (Pérez Bernabeu, 2021, p. 146) para hacer un mejor uso de ellos<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> En este caso, además del código fuente, el programa dispone de un modelo de entrenamiento.

<sup>24</sup> No obstante, el concepto de explicabilidad a veces se confunde con el de transparencia (que el usuario pueda comprender los contenidos) pues, por ejemplo en las enmiendas a la Propuesta de reglamento de 21 de abril de 2022 (Ley de inteligencia artificial) o PRIA, se define la *transparencia* cuando se introduce esta previsión: «El usuario estará capacitado para comprender y utilizar adecuadamente el sistema de IA sabiendo, en general, cómo funciona el sistema de IA y qué datos trata, lo que le permitirá explicar las decisiones adoptadas por el sistema de IA a la persona afectada».

Asimismo, también se impulsa la trazabilidad informática, que es la capacidad «del propio sistema para llevar a cabo un seguimiento de los datos, el desarrollo y el proceso de despliegue del sistema, generalmente a través de un proceso de identificación y registro documentados»<sup>25</sup>, en atención a tratar de determinar cómo ha funcionado un determinado sistema (para esclarecer, en su caso, la posible responsabilidad por los daños que haya podido ocasionar), en la misma línea de lo que aquí se propone. Estas características cobran un especial protagonismo en materia de inteligencia artificial, conforme expondremos en el siguiente apartado.

Adicionalmente a esa opacidad algorítmica, encontramos otro obstáculo, aunque en esta ocasión es de carácter jurídico. No debe olvidarse que, en los modelos de negocio informáticos o electrónicos, la forma en que están desarrollados sus programas informáticos es vital y de ello puede depender su éxito. En este sentido, debe recordarse que los algoritmos de un *software* están protegidos, jurídicamente, como secreto empresarial (Huelgo Lora, 2020, p. 43)<sup>26</sup>, lo que, sin duda, puede plantear numerosos problemas prácticos, pues no parece posible acceder a la configuración de una plataforma sin vulnerar tal normativa.

No obstante, como decíamos anteriormente, el legislador ha tenido en cuenta estos obstáculos (opacidad algorítmica y protección como secreto empresarial) y ha ido incluyendo algunas previsiones normativas que son de interés para este estudio. A modo de ejemplo, el legislador europeo incluyó en el Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, conocido como P2B o *platform to business* (art. 5) una obligación de las gestoras de las plataformas respecto a los usuarios profesionales que en ellas se anuncian, consistente en informar a dichos usuarios sobre los criterios que rigen el funcionamiento algorítmico de su *software*, de manera que puedan comprender cómo organiza la plataforma las ofertas de cara a su visualización por los usuarios destinatarios (consumidores)<sup>27</sup>. Es relevante tener en cuenta que el propio reglamento señala que no deben revelar el «funcionamiento detallado» de estos mecanismos de clasificación (Cdo. 27), por lo que entendemos que debe revelar los criterios de clasificación, pero no su concreta fórmula algorítmica (precisamente en atención a su protección jurídica).

---

<sup>25</sup> Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable, publicadas por el grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Comisión Europea, 8 de abril de 2019 (p. 50).

<sup>26</sup> En concreto, el artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales señala que «se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico» siempre que sea secreto «en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas», tenga «un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto» y haya «sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto».

<sup>27</sup> Lo que repercute claramente «en el éxito comercial de los usuarios profesionales que les ofrecen sus bienes y servicios» (Cdo. 24 del citado reglamento).

El ejemplo del reglamento P2B que acabamos de exponer es una muestra de la manera en que el legislador puede exigir explicabilidad en los sistemas, sin vulnerar la protección jurídica de los *software*, aunque, desde luego, como adelantábamos anteriormente, es en materia de inteligencia artificial donde el legislador europeo concreta las previsiones que permiten contrarrestar los efectos de la opacidad algorítmica (y su posible repercusión en materia de propiedad intelectual o secreto empresarial), como se verá a continuación.

### 4.3. Breve exposición de su posible relación con la inteligencia artificial

Es un hecho que muchas plataformas incorporan ya en sus *software* algoritmos de aprendizaje automático. Y, en este sentido, la Propuesta de reglamento del pasado 21 de abril de 2021, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial conocida, como Ley de inteligencia artificial (PRIA), incluyó en su definición de sistema de inteligencia artificial (artículo 3 en relación con el Anexo I)<sup>28</sup> el *software* que se desarrolla empleando mecanismos de aprendizaje automático. Esto significa que los componentes informáticos de las plataformas de mediación electrónica (si no todas, muchas de ellas) pueden considerarse inteligencia artificial.

En lo que interesa a este estudio, es interesante repasar algunas de las previsiones que el legislador europeo pretende incorporar en las nuevas propuestas legislativas en materia de inteligencia artificial, con el objetivo de poner de manifiesto que, en la misma línea de lo que venimos exponiendo, el conocimiento del funcionamiento interno de los sistemas informáticos (en este caso de IA) es fundamental en la determinación de la responsabilidad civil por los daños que hayan podido ocasionarse.

En primer lugar, destaca, en el artículo 11 de la propuesta de reglamento anteriormente mencionada (en relación con su Anexo IV), la obligación de que los sistemas de IA dispongan (desde antes de su introducción al mercado) de lo que la norma denomina «documentación técnica». Esto implica que cada sistema debe disponer de la documentación que especifique, entre otras cuestiones, cómo funciona a nivel interno (incluidos sus algoritmos y, en general, la lógica del sistema)<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Nótese que las enmiendas a dicha Propuesta de reglamento, aprobadas el pasado 14 de junio de 2023 por el Parlamento Europeo, eliminan el anexo I mencionado (que hacía referencia al aprendizaje automático de manera expresa) y proponen definir un sistema de IA como «un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida –como predicciones, recomendaciones o decisiones– que influya en entornos reales o virtuales». En cualquier caso, es evidente que dicha capacidad de aprendizaje automático sigue considerándose IA.

<sup>29</sup> Véase el anexo IV de la PRIA y las enmiendas del Parlamento Europeo anteriormente referidas, que proponen modificaciones a dicho anexo (enmiendas 741 y ss.).

En segundo lugar, destacamos otra propuesta normativa, publicada el pasado 28 de septiembre de 2022, denominada Propuesta de directiva sobre responsabilidad en materia de IA, que viene a establecer, en su artículo 3, que, en atención a la dificultad de prueba en un litigio sobre responsabilidad en el que esté involucrado un sistema de IA, los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto podrán requerir a la parte demandada la exhibición de las pruebas sobre el sistema que ha causado un determinado daño. Esto significa que el legislador, consciente de que no suele ser posible acceder a la configuración interna de los sistemas informáticos (por la parte perjudicada), ofrece esta posibilidad para aquellos casos en que sea compleja la demostración de que el funcionamiento interno del sistema ha sido el causante de los daños (o ha influido en su producción).

Ambas previsiones legales son perfectamente compatibles, pues, de un lado, todo sistema de IA de alto riesgo debe tener asociada una documentación que explique cómo funciona y, de otro, en caso de litigio de responsabilidad por daños, es posible que el agente causante del daño deba exhibir tal documentación técnica, a los efectos de determinar si, en efecto, ese funcionamiento o diseño del sistema causó o influyó en la producción del daño.

Hasta este punto, todo parece indicar que la teoría que venimos defendiendo, sobre la necesidad de conocer cómo funciona una plataforma para determinar verdaderamente su papel (activo o pasivo) respecto de la información que almacenan (recordemos que a efectos normativos se consideran prestadoras de servicios de *hosting*) y, en el concreto caso de las de mediación electrónica, respecto de la transacción final (de forma que se pueda valorar si son meras intermediarias o verdaderas prestadoras del servicio subyacente), se cumple o se podría ver cumplida con la normativa de inteligencia artificial.

Sin embargo, las propuestas normativas en materia de IA establecen obligaciones únicamente para sistemas considerados de «alto riesgo» (se encuentran enumerados en el anexo III de la PRIA), entre los que no encajan las plataformas objeto de este estudio<sup>30</sup>.

Consecuentemente, no parece que las obligaciones expuestas en materia de documentación técnica y su exhibición en caso de litigio de responsabilidad civil extracontractual vayan a aplicarse a nuestras plataformas, al menos, por el momento. Quizá, con el paso del tiempo, cuando avancen a modelos más complejos sí resulten de aplicación<sup>31</sup>, aunque, desde luego, la complejidad normativa es evidente y los marcos

<sup>30</sup> Aunque quizá podrían encajar aquellas que asignan tareas a distintos trabajadores, pues el anexo III de la Propuesta de reglamento hace referencia en su párrafo 1, punto 4, letra b) a aquellos sistemas que se utilizan para tomar decisiones («o influir sustancialmente en ellas», añade la enmienda n.º 720) sobre la asignación de tareas, seguimiento y evaluación del rendimiento de personas en el marco de relaciones de índole laboral (como podría ocurrir con las plataformas con *riders*).

<sup>31</sup> Ello a pesar de que en el artículo 2 de la citada Propuesta de reglamento que «no afectará a la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios».

español y europeo no están enfocados a tecnologías complejas (o conjunto de las mismas), emergentes, dinámicas y evolutivas, en despliegue constante en todo tipo de ámbitos y sectores, como lo es la IA, que evolucionan, se interrelacionan con otras, interactúan con el contexto y se retroalimentan, y que pueden crear nuevos riesgos en momentos posteriores al de su producción y durante todo su ciclo de vida (Muñoz Vela, 2022, p. 224).

En cualquier caso, no debe perderse de vista que el objetivo de este trabajo es poner la atención en que no debe obviarse la naturaleza informática de las plataformas de mediación electrónica y, con ello, la importancia (y utilidad jurídica) de valorar su funcionamiento interno, pues la manera en que están programadas afecta, indudablemente, a su actividad y, con ello, al rol que adoptan en las transacciones en las que median, con las consecuencias jurídicas que se han estudiado.

## 5. Conclusiones

Las plataformas de mediación electrónica, que surgieron tras el fenómeno denominado economía colaborativa o *sharing economy*, son aquellas que median entre el usuario prestador (ofrece sus productos o servicios) y el usuario destinatario (interesado en adquirir tales productos o servicios).

Es importante en esta materia, especialmente a la luz de la actividad legislativa de los últimos años, delimitar un concepto jurídico de estas plataformas que responda, adecuadamente, a su actividad, lo que no es nada sencillo desde que la Directiva de comercio electrónico (DCE) del año 2000 incluyese en el término «intermediario» a todo prestador de servicios de la sociedad de la información que ofrece un servicio de mera transmisión, memoria caché (*caching*) o almacenamiento de información (*hosting*).

Tanto la DCE como el nuevo Reglamento de servicios digitales (RSD) establecen para esos prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios un régimen de responsabilidad a través de la regulación de aquellos supuestos en los que tales prestadores (en nuestro caso, plataformas) pueden exonerarse, conocido como «puertos seguros» o *safe harbors*.

Pues bien, considerando que las plataformas de mediación electrónica no encajan ni en el concepto de intermediario de mera transmisión de información, ni en el de intermediario prestador de un servicio de memoria caché, son las previsiones para prestadores de *hosting* (almacenamiento –duradero– de la información) las que deben observarse.

En este sentido, para una plataforma de mediación electrónica, considerada jurídicamente como prestadora de servicios de la sociedad de la información, de *hosting* y mediadora (electrónica), debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 del RSD, que dispone que

no responderá (respecto de la información que almacena a petición de sus usuarios, prestador y destinatario) siempre que: a) no tenga conocimiento de la ilicitud de dicha información, b) actúe a la mayor brevedad para retirar el contenido ilícito o bloquearlo, desde que lo conozca, y c) no induzca a un consumidor medio a pensar que es ella la verdadera prestadora del servicio o que el usuario que lo presta actúa bajo su autoridad o control (esta previsión solamente aplica a plataformas que median entre consumidor y empresario o relación B2C).

Este régimen de responsabilidad del RSD, que, en esencia, mantiene el anterior de la DCE, debe complementarse con los matices ofrecidos por el TJUE en sus distintas resoluciones, pues, claramente, una plataforma de mediación electrónica presta un servicio mucho más complejo que el mero almacenamiento de información.

De esta forma, el TJUE ha indicado que las plataformas podrán beneficiarse de tales exoneraciones de responsabilidad siempre que no tengan un papel activo que les permita adquirir conocimiento de la información almacenada, que la intermediación sea su actividad principal, y que no ejerza una influencia decisiva en la prestación del servicio subyacente, pues, en tales casos, deja de considerarse intermediaria y, con ello, no resulta de aplicación la referida normativa de comercio electrónico, sino la propia de la actividad de que se trate. Estos criterios, aplicados a las plataformas objeto de este estudio, vienen a significar que el rol que adopta la plataforma respecto de la transacción en la que media determina el régimen jurídico que le es de aplicación y, con ello, qué responsabilidad puede tener respecto de un ilícito cometido en su mercado en línea.

Teniendo en cuenta tales criterios, siendo la plataforma una aplicación informática y su rol o papel fundamental en la determinación de su responsabilidad, en este trabajo hemos expuesto la importancia de conocer cómo funciona internamente; cómo está programada, precisamente para poder valorar, adecuadamente, qué rol juega respecto de la transacción de la que es mediadora.

Sin embargo, en la consecución de este objetivo encontramos importantes obstáculos, como la opacidad algorítmica (en aquellos casos en que un *software* incorpora algoritmos de aprendizaje automático) y la protección jurídica de tales algoritmos como secreto empresarial. Estos obstáculos han sido advertidos por el legislador europeo en materia de inteligencia artificial, aunque no parece que tal normativa vaya a aplicar a las plataformas de mediación electrónica, al menos por el momento.

Finalmente, aunque no sea de aplicación la normativa que exige la «explicabilidad» del *software* de las plataformas con carácter general, ni tampoco la revelación de su funcionamiento interno en caso de litigio (como parece que ocurrirá en materia de IA), estas consideraciones pueden ser de gran utilidad en aquellos conflictos en los que se pretenda demostrar (por la gestora de la plataforma o por sus usuarios) cuál es su verdadero rol en aquellas transacciones en las que han intervenido como intermediarias (en el sentido de la norma, de *hosting*) y como mediadoras.



## Referencias bibliográficas

- Álvarez Moreno, T. (2021). *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*. Reus.
- Botsman, R. y Rogers, R. (2010). *What's mine is yours*. HarperBusiness.
- Busto Lago, J. M. (2014). Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPS). En J. M. Busto Lago y L. F. Reglero Campos (Coords.), *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 597-747, t. II, 5.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Cámara Lapuente, S. (2022). Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea. ¿Navegar es contratar (servicios digitales gratuitos). En F. Gómez Pomar e I. Fernández Chacón (Dir.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (pp. 331-405). Thomson Reuters Aranzadi.
- Cavanillas Múgica, S. (2007). La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. En S. Cavanillas Múgica (Dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en internet* (pp. 1-39). Editorial Comares.
- Charte Ojeda, F. (2021). *Introducción a la programación*. Anaya Multimedia.
- Cuadrado Pérez, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*. Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia 2003. Cometa.
- Cuadrado Pérez, C. (2007). Consideraciones sobre el contrato de corretaje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 704, 2.481-2.558.
- Cuena Casas, M. (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de Derecho Transaccional*, 12(2), 283-348.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2000). La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos. *P.e.i.: Revista de Propiedad Intelectual*, 6, 9-64.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. En M. Cuena Casas (Dir.), *Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding* (pp. 59-97). Tirant lo Blanch.
- Huergo Lora, A. (2020). Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo. En A. Huergo Lora (Dir.) y G. Manuel Díaz González (Coord.), *La regulación de los algoritmos* (pp. 23-87). Thomson Reuters Aranzadi.
- Hussain, F., Hussain, R. y Hossain, E. (2021). Explainable artificial intelligence (XAI): an engineering perspective. Cornell University. <https://arxiv.org/abs/2101.03613>
- Illescas Ortiz, R. (2019). *Derecho de la contratación electrónica*. (3.ª ed.). Thomson Reuters Civitas.
- Jarne Muñoz, P. (2019). *Economía colaborativa y plataformas digitales*. Reus.
- Lizcano, D. y Alonso, F. (2018). Algoritmos y sistemas de representación de un programa. En D. Lizcano Casas (Coord.), *Fundamentos de la programación* (pp. 41-82). Ediciones CEF.
- López-Tarruella Martínez, A. (2021). *Propiedad intelectual e innovación basada en los datos*. Dykinson.
- Magdalena Layos, L. (2021). ¿Por qué debería confiar en ti (máquina)? En F. Lledó Yagüe, I. F. Benítez Ortúzar y O. Monje Balsameda

- (Dir.) y M. J. Cruz Blanca y I. Lledó Benito (Coords.), *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0. Los desafíos jurídicos, éticos, y tecnológicos de los robots inteligentes* (pp. 617-641). Dykinson.
- Miguel Asensio, P. A. de (2022). *Derecho privado de internet*. (6.ª ed.). Thomson Reuters Civitas.
- Montero Pascual, J. J. (2017). La regulación de la economía colaborativa. En J. J. Montero Pascual (Dir.), *La regulación de la economía colaborativa. Aribnb, Blablacar, Uber y otras plataformas* (pp. 23-65). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Vela, J. M. (2022). *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial. Un enfoque de seguridad física, lógica, moral y jurídica*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Orozco Pardo, G. (1998). Responsabilidad civil en materia de informática. En *Informática y Derecho* (vol. I, núms. 19-22, pp. 143-220).
- Pérez Bernabeu, B. (2021). El principio de explicabilidad algorítmica en la normativa tributaria española: hacia un derecho a la explicación individual. *Revista Española de Derecho Financiero*, 192, 143-178.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2006). *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*. Marcial Pons.
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2019). La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital en la Unión Europea. En P. Castaños Castro y J. A. Castillo Parrilla (Dir.) y A. M. Pastor García y I. L. Martens Jiménez (Coords.), *El mercado digital en la Unión Europea* (pp. 93-127). Reus.
- Rodríguez Martínez, I. (2017). El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa. *Revista de Derecho Mercantil*, 305, 181-216.
- Tian, F. et al. (2021). The impact of traceability on software maintenance and evolution: A mapping study. *Journal of Software: Evolution and Process*.
- Vattier Fuenzalida, C. (2001). Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico. *Revista de Contratación Electrónica*, 18, 65-90.

**Pastora de Artíñano Marra.** Licenciada en Derecho por la UCM y doctora en Derecho por la URJC. Cuenta con diversos estudios y publicaciones en materia de derecho civil y derecho digital. Asimismo, ha asistido como ponente a diversos congresos, jornadas y seminarios, de carácter nacional e internacional. Cuenta con diversas publicaciones en su área, pertenece a distintos grupos de investigación y ha realizado una estancia de investigación internacional en la Escuela Libre de Derecho de México. Anteriormente, ha ejercido la abogacía en distintos despachos de abogados de Madrid, fundamentalmente en el Departamento de Derecho Civil y Procesal, y ha participado como profesora y colaboradora en tareas docentes en distintas instituciones académicas. <https://orcid.org/0000-0001-6190-4570>